

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

----- 2121-021

BGB § 203 Abs. 2

Die verzögerte Entscheidung über das rechtzeitige Gesuch einer Partei auf Beiordnung eines Notanwaltes kann als unabwendbarer Zufall und damit als höhere Gewalt die Hemmung der Verjährung ebenso begründen wie die verzögerte Entscheidung über ein rechtzeitiges Armenrechtsgesuch. Darin, daß die anwaltlich noch nicht vertretene Partei es unterlassen hat, die Verjährung durch Zustellung eines Zahlungsbefehls zu unterbrechen, kann jedenfalls dann ein die höhere Gewalt ausschließendes Verschulden nicht gefunden werden, wenn die Partei rechtsunkundig ist und die Möglichkeit der Verjährungsunterbrechung durch Zustellung eines Zahlungsbefehls nicht kennt.

BGH, Urt. v. 21. November 1960 - III ZR 153/59 -

OLG Frankfurt
LG Darmstadt

III ZR 153/59

verkündet am 21. November 1960
Scheibel, Justizsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Ehefrau Margarete K. [REDACTED] geb. R. [REDACTED] in
H. [REDACTED], A. [REDACTED] Nr. [REDACTED]

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt und Notar Emil A. [REDACTED] in
H. [REDACTED], K. [REDACTED]

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 21. November 1960 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. Geiger sowie der Bundesrichter Dr. Weber, Dr. Arndt, Dr. Beyer und Gähtgens

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) - Zivilsenat in Darmstadt - vom 19. März 1959 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

*In der Grundform
berichtigt durch
Beschluss vom
16. Januar 1961*

Tatbestand:

Der Maurermeister Franz R. hinterließ bei seinem Tode im Jahre 1947 vier Söhne, Johann, Franz, Georg und Philipp sowie zwei Töchter, Katharina verheiratete K. und die Klägerin. Er hatte letztwillig verfügt, daß sein Anteil an dem Baugeschäft R. & H. an seinen Sohn Johann übergehen solle. Als Anschlagswert, in den sich alle Kinder, wie in den übrigen Nachlaß, gleichmäßig teilen sollten, sollte das Ergebnis der Steuerbilanz zum Ende seines Sterbejahres gelten. Überdies sollte Johann vorweg aus dem Nachlaß 5000 DM als Entschädigung für geleistete Arbeit erhalten.

Bei den Auseinandersetzungsverhandlungen erklärte Johann R., er könne das Baugeschäft nur fortführen, wenn er an seine Geschwister nichts herauszuzahlen brauche. Er verzichte dafür auf einen Erbteil im übrigen und auf das Vermächtnis von 5000 DM, verlange aber, daß zur Ergänzung der so verbleibenden Erbmasse ein Bauplatz seines Bruders Georg sowie ein Hausgrundstück der Klägerin, das sie zu Lebzeiten des Vaters von diesem erhalten hatte, mit herangezogen würden.

Entsprechend diesem Vorschlag wurde die Auseinandersetzung vorgenommen und vom Beklagten als Notar bekundet. Johann R. erhielt den Anteil am Baugeschäft. Alle weiteren Nachlaßgegenstände einschließlich der beiden mitherausgezogenen Grundstücke wurden zwischen den übrigen Erben verlost. Die Klägerin verlor dabei ihr Grundstück und erhielt dafür andere im Werte von zusammen DM 8163,10 mußte aber DM 1 619,50 als Ausgleich zahlen, da der Anteil eines jeden Erben am Nachlaß mit DM 6543,60 errechnet worden war.



Die Klägerin behauptet, sie habe sich zu dieser Auseinandersetzung nur aufgrund einer ihr vom beklagten Notar erteilten falschen Belehrung herbeigelassen. Ihre Zustimmung zu den Vertragsentwürfen habe sie ausdrücklich von einer Belehrung des Beklagten darüber abhängig gemacht, ob sie ihr Grundstück zur Erbmasse zurückgewähren müsse. Danach habe sie den Beklagten ausdrücklich gefragt. Dieser habe erwidert, das Grundstück gehöre zur Erbmasse und müsse zurückgegeben werden. Erst daraufhin habe sie der Auseinandersetzung zugestimmt. Die Auskunft sei aber unrichtig gewesen, sie habe das Grundstück als Entgelt für ihre seit dem 20. Lebensjahr im Haushalt und der Landwirtschaft des Erblassers geleistete Arbeit erhalten. Der ihr durch die unrichtige Belehrung entstandene Gesamtschaden, darunter insbesondere der Verlust eines Anteils am Baugeschäft, belaufe sich auf DM 25 566,40. Eine andere Ersatzmöglichkeit habe sie dafür nicht.

Mit der Klage begehrt die Klägerin die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung eines Teilbetrages von 5000 DM und "vorsorglich" die Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihr allen aus der unrichtigen Belehrung entstandenen Schaden zu ersetzen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er bestreitet den Klaganspruch nach Grund und Höhe. Er stellt in Abrede, die Klägerin dahin belehrt zu haben, ihr Grundstück müsse nach dem Gesetz in den Nachlaß eingeworfen werden. Er habe seine Belehrung im wirtschaftlichen Sinne gemeint und die Ausgleichung des Grundstücksempfanges nur um deswillen empfohlen, weil anderenfalls die Auseinandersetzung nicht zustande gekommen wäre und die von den Erben verfolgten Absichten nicht hätten verwirklicht werden können. Überdies wäre seine Belehrung selbst wenn sie in der behaupteten Weise erfolgt wäre,

rechtlich zutreffend gewesen und von der Vermutung der §§ 2052, 2050 BGB gestützt worden, denn nach der letztwilligen Verfügung des Erblassers und dem ihm vorgelegten Vertragsentwurf seien die Erbteile so bestimmt gewesen, daß sie zueinander in demselben Verhältnis standen wie die gesetzlichen Erbteile. Die Klägerin habe außerdem nicht nachgewiesen, daß eine anderweitige Ersatzmöglichkeit fehle. Ihr Schadensersatzanspruch sei verjährt. Der Feststellungsantrag sei unzulässig, da der Schaden bereits ziffernmäßig feststehe.

Die Klägerin macht gegenüber der Einrede der Verjährung geltend, die Klage sei am 23. Januar 1957 eingereicht und am 23. Februar 1957 zugestellt worden, also rechtzeitig erhoben. Als sie ihren Anspruch gegenüber dem Beklagten geltend gemacht habe, habe dieser erwidert, er habe die Angelegenheit seiner Versicherung zur Regelung übergeben und um Mitteilung der Schadenshöhe gebeten. Der Feststellungsantrag sei zulässig, da sie noch nicht endgültig beziffern könne wie hoch der Schaden sei, den sie durch Verzicht auf einen Anteil am Bau-geschäft erlitten habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil eine falsche Belehrung nicht bewiesen, ein möglicher Schadensersatzanspruch aber jedenfalls nach § 852 BGB verjährt sei. Die Berufung der Klägerin blieb ohne Erfolg. Mit der Revision verfolgt sie ihre Klaganträge weiter. Der Beklagte bittet die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1) Das Berufungsgericht schließt sich der Auffassung des Landgerichtes an, daß ein etwa entstandener Schadensersatzan-

spruch der Klägerin jedenfalls verjährt sei. Das Landgericht hat diese Auffassung wie folgt begründet:

Der Klägerin sei bereits im November 1950 klar gewesen, daß sie bei der vom Beklagten beurkundeten Erbaueinandersetzung anscheinend übervorteilt worden sei. Sie habe damals zwei Rechtsanwälten den Auftrag erteilt, die Auseinandersetzung im Prozeßwege anzufechten. Ende Dezember 1950 habe sie auch den Grund gekannt, auf den sie jetzt die vorliegende Klage stütze. Das ergebe sich aus einem Brief ihres Mannes an diese Rechtsanwälte vom 10. Februar 1951, den die Klägerin mit unterschrieben habe. Dort sei bemerkt, die Anwälte hätten bei einer Rücksprache, die Ende Dezember 1950 stattgefunden hätte, erklärt, daß das zurückgegebene Haus entgegen der Belehrung nicht ausgleichspflichtig gewesen sei. Demnach habe die Klägerin in diesem Zeitpunkt die in § 852 BGB umschriebene Kenntnis gehabt. Da die Bestimmung in § 21 Abs. 1 S.3 der Reichsnotarordnung nicht eingreife, weil die Klägerin den Beklagten nicht mit der Beurkundung der Erbaueinandersetzung beauftragt gehabt habe, beginne wegen der nach § 21 Abs. 1 Reichsnotarordnung entsprechend anwendbaren Vorschrift in § 839 Abs. 1 S. 2 BGB die Verjährungsfrist jedoch nicht schon Ende Dezember 1950 zu laufen. Aus der Absicht einen Anfechtungsprozess zu führen ergebe sich, daß die Klägerin damals der Meinung gewesen sei, sie könne auf diesem Wege Ersatz ihres Schadens erlangen, insbesondere habe sie ihren Bruder Johann für ersatzpflichtig gehalten. Sie habe aber dann nichts in dieser Richtung unternommen. Zwar habe sie sich, von ihrer Schwester Kohl auf Zahlung des dieser zustehenden Teiles des von der Klägerin vereinbarungsgemäß zu leistenden Geldausgleiches klageweise in Anspruch genommen, auf Anfechtung wegen arglistiger Täuschung berufen (Vorprozeß Kohl ./ . Kniess 6 C 1256/51 AG Bensheim). Dabei habe es sich aber nicht um ein aktives Vor-

gehen der Klägerin mit dem Ziel, Schadensersatz zu erlangen, gehandelt. Überdies habe dieser Prozeß das Problem nicht wirklich klären können, da eine zur Anfechtung berechtigende Handlung der Miterbin Kohl offensichtlich nicht vorgelegen habe, sie vielmehr selbst bei der Erbauseinandersetzung benachteiligt worden sei. Deshalb könne sich die Klägerin nicht darauf berufen, daß das Urteil in diesem Vorprozeß erst am 23. Februar 1954 verkündet worden sei.

Sache der Klägerin wäre es gewesen, so führt das Landgericht weiter aus, von sich aus zu klären, ob sie von einem anderen als dem Beklagten Ersatz zu erlangen könne. Da sie das nicht getan habe, sei als Zeitpunkt des Beginnes der Verjährungsfrist im Hinblick auf die Vorschrift in § 839 Abs. 1 S. 2 BGB der Zeitpunkt anzunehmen, in dem voraussichtlich im Klageweg hätte festgestellt werden können, ob von anderer Seite Ersatz zu erlangen sei. Der Rechtsstreit der Schwester Kohl gegen die Klägerin, in welchem Beweis über die Vorgänge bei der Erbauseinandersetzung erhoben worden sei, habe nahezu 2 1/2 Jahre gedauert. Eine längere Zeitspanne wäre, so meint das Landgericht, auch unter ungünstigen Verhältnissen zur Feststellung, ob anderweit Ersatzmöglichkeit bestehe, nicht erforderlich gewesen. Spätestens Mitte 1951 seien die Voraussetzungen zur Erhebung einer solchen Klage gegeben gewesen. Demnach sei als Beginn der Dreijahresfrist des § 852 BGB das Ende des Jahres 1953 anzunehmen. Also sei die geltend gemachte Forderung bei Einreichung der Klage - 23. Januar 1957 - verjährt gewesen. Die Erklärung des Beklagten, er werde die Angelegenheit seiner Versicherung übergeben und seine Bitte um Angabe der Schadenshöhe stellten ein die Verjährung unterbrechendes Anerkenntnis nicht dar. Diesen Ausführungen hat sich das Berufungsgericht mit dem Bemerkten, daß sie in jeder Richtung zutreffend erschienen, angeschlossen.

Ob das Landgericht mit Recht die Vorschrift in § 21 Abs. 1 Satz 3 der Reichsnotarordnung nicht für anwendbar angesehen und deshalb bei der Ermittlung des Beginnes der Verjährungsfrist die Vorschrift in § 839 Abs. 1 S. 2 BGB beachtet hat, kann hier dahinstehen. Denn dadurch ist der Beginn der Verjährungsfrist nur hinausgeschoben worden; die Klägerin ist insoweit nicht beschwert.

Die Ausführungen darüber, daß die Klägerin vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Ende 1953 Kenntnis gehabt habe, liegen auf dem Gebiet tatrichterlicher Würdigung des Sachverhaltes und geben zu Bedenken keinen Anlaß. Auch die rechtlichen Ausführungen über die Bedeutung des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB für den Beginn der Verjährungsfrist sind nicht zu beanstanden. In diesen Punkten erhebt auch die Revision keine Bedenken. Sie macht aber geltend, daß der Lauf der Verjährungsfrist gehemmt gewesen sei, was das Berufungsgericht übersehen habe. Die Klägerin habe nämlich keinen Anwalt gefunden, der bereit gewesen wäre, sie im Rechtsstreit zu vertreten. Sie habe deshalb am 2./4. September 1956 das Landgericht gebeten, ihr nach § 38 der Hessischen Rechtsanwaltsordnung vom 18. Oktober 1948 (Hessisches GVBl. 1948, 126) einen Anwalt beizuordnen. Das sei erst mit Beschluß vom 4. Januar 1957, der Klägerin zugestellt am 7. Januar, geschehen. Die Unmöglichkeit, für einen Anwaltsprozeß (§ 78 ZPO) einen vertretungsbereiten Rechtsanwalt zu finden, bedeute Verhinderung der Rechtsverfolgung durch höhere Gewalt im Sinne des § 203 Abs. 2 BGB.

Dieses Vorbringen der Revision ist beachtlich. Es ist anerkanntes Recht, daß das Unvermögen, die Kosten der Prozeßführung aufzubringen, und die Verzögerung der Entscheidung über ein rechtzeitig eingebrachtes Armenrechtsgesuch als

unabwendbarer Zufall und damit als höhere Gewalt im Sinne des § 203 Abs. 2 BGB eine Hemmung der Verjährung begründen (BGB - RGRK 11. Aufl. § 203 Anm. 10). Entsprechendes muß im Anwaltsprozeß gelten, wenn eine Partei deswegen nicht Klage erheben kann, weil sie trotz der ihr zuzumutenden Bemühungen einen zu ihrer Vertretung bereiten Rechtsanwalt nicht findet und ihr rechtzeitig eingebrachter Antrag auf Beiordnung eines Notanwaltes nicht so rechtzeitig beschieden wird, daß der beigeordnete Anwalt noch innerhalb der Verjährungsfrist Klage erheben kann. Auch solchen Falles befindet sich die Partei in einer unverschuldeten, höherer Gewalt gleichzuachtenden Notlage, die sie an der Rechtsverfolgung verhindert.

Die Revisionserwiderung meint freilich, die Verzögerung der Entscheidung über einen Antrag auf Beiordnung eines Notanwaltes könne dann nicht als verjährungshemmende höhere Gewalt angesehen werden, wenn die anwaltlich nicht vertretene Partei - wie hier - nicht arm sei. Denn dann könne sie die Verjährung nach § 209 Abs. 2 Ziff. 1 BGB durch Zustellung eines Zahlungsbefehls unterbrechen, wozu sie eines Anwaltes nicht bedürfe. Ob der Verweisung einer auf Beiordnung eines Notanwaltes angewiesenen Partei auf das Zahlungsbefehlsverfahren nicht schon die Erwägung entgegensteht, daß ihr mit Erwirkung eines Zahlungsbefehls nur vorübergehend geholfen werden kann, weil sie nach Widerspruch des Schuldners gegen den Zahlungsbefehl und Verweisung an das Landgericht ohne anwaltlich vertreten zu sein einem Versäumnisurteil ausgesetzt ist, kann dahinstehen (vgl. hierzu RGZ 163, 9, 20). Der Auffassung der Revisionserwiderung kann jedenfalls dann nicht zugestimmt werden, wenn es sich - wie hier - um eine rechtsunerfahrene Partei handelt, von der eine Kenntnis der Möglichkeit, die Verjährung durch Zustellung eines

Zahlungsbefehls zu unterbrechen, nicht erwartet werden kann. Es gilt insoweit entsprechendes, wie hinsichtlich des Verlangens, eine arme Partei müsse, wenn ihr Armenrechtsgesuch nicht rechtzeitig beschieden wird, den Antrag stellen, die Klage unter Befreiung von der Kostenvorschußpflicht nach §§ 74 a.F., 111 n.F. GKG zuzustellen und Verhandlungstermin anzuberaumen (vgl. hierzu II ZR 180/55 vom 25. Juni 1956 LM Nr. 4 zu § 261 b ZPO; III ZR 69/56 vom 16. Januar 1958 VersR 1958, 259; VI ZR 27/58 vom 16. Januar 1959). Aus der Unterlassung der Erwirkung eines Zahlungsbefehls kann also nicht hergeleitet werden, die Klägerin habe nicht alles ihr Zumutbare getan, um ihrer Verpflichtung nachzukommen, die Folgen höherer Gewalt abzuwenden. Einen Feststellungsanspruch wie ihn die Klägerin hier neben dem Zahlungsanspruch geltend macht, hätte sie im Zahlungsbefehlsverfahren keinesfalls verfolgen können.

Die Revisionserwiderung macht weiter geltend, die Klägerin habe nicht schlüssig dargetan, daß sie einen zu ihrer Vertretung bereiten Rechtsanwalt nicht habe finden können. Eine Behauptung dahin, daß das der Fall gewesen sei und sie deshalb die Beiordnung eines Notanwaltes habe beantragen müssen, ist indessen dem Vortrag der Klägerin im Schriftsatz vom 6. Januar 1959 mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen; dort führt sie aus, sie habe das Landgericht ersucht, ihr eine bestimmte Rechtsanwältin als Notanwalt beizuordnen, dieses Verfahren habe mehr als drei Monate lang gedauert. Daß der Klägerin ein Notanwalt beigeordnet worden ist, läßt den Schluß zu, daß die Voraussetzungen der Beiordnung vorgelegen haben. Der Beklagte hat insoweit in der Beantwortung des erwähnten Schriftsatzes der Klägerin auch keine Einwendungen erhoben.

Die Revisionserwiderung sieht eine Verletzung der Verpflichtung der Klägerin, alles Zumutbare zur Abwendung der Folgen höherer Gewalt zu tun, auch darin, daß sie einen Antrag auf Beiordnung eines Notarwaltes erst am 2. September 1956 gestellt habe, obwohl sie vom Landgerichtspräsidenten auf diese Möglichkeit bereits mit Schreiben vom 19. Juni 1956 hingewiesen worden sei. Angesichts dessen, daß der Antrag immerhin noch fast vier Monate vor Ablauf der Verjährungsfrist gestellt worden ist, wird insoweit ein schuldhaftes Verhalten der Klägerin schwerlich angenommen werden können. Abschließend läßt sich diese Frage beim gegenwärtigen Sachstand nicht beurteilen, da das Berufungsgericht die Frage einer Hemmung der Verjährungsfrist durch höhere Gewalt gar nicht behandelt und insoweit keinerlei Feststellungen getroffen hat.

Der nach § 205 BGB nicht in die Verjährungsfrist einzurechnende Zeitraum der Hemmung des Fristenlaufes von der beim gegenwärtigen Sachstand auszugehen ist, beträgt angesichts des langen Zwischenraumes zwischen der Antragstellung und der Entscheidung des Landgerichts von mehr als 4 Monaten jedenfalls mehr als die Zeit, die von Ende Dezember 1956 bis zur Klageeinreichung am 23. Januar und zur Klagzustellung am 23. Februar 1957 verstrichen ist. Ohne Stellungnahme zu dem Vorbringen der Klägerin über die Verhinderung rechtzeitiger Rechtsverfolgung durfte das Berufungsgericht sonach den Klaganspruch nicht als verjährt ansehen. Soweit die Klagabweisung auf Verjährung gestützt ist, ist also das angefochtene Urteil beim gegenwärtigen Sachstand angesichts der berechtigten Revisionsrüge nicht zu halten.

2. Das Berufungsgericht ist dem Landgericht auch darin gefolgt, daß die Klägerin ihre Behauptung, sie sei vom Beklagten falsch belehrt worden, nicht bewiesen habe. Das Landgericht hat dazu ausgeführt, bereits aufgrund der im Rechtsstreit der Miterbin K. gegen die jetzige Klägerin durchgeführten Beweisaufnahme stehe fest, daß die Belehrung der Klägerin nicht in der von ihr behaupteten Form erfolgt sein könne. Nach dem Ergebnis dieser Beweisaufnahme hätten sich zwei der Miterben erfolgreich geweigert, das was sie als Voraus zu Lebzeiten des Erblassers von diesem erhalten hatten, bei der Auseinandersetzung berücksichtigen zu lassen. Daraus sei zu schließen, daß der Beklagte die Erben nicht unter Hinweis auf zwingende gesetzliche Vorschriften dahin beraten habe, sie seien verpflichtet, alle Vorempfänge in die Erbmasse einzuwerfen und sich anrechnen zu lassen. Diesen Erwägungen hat sich das Berufungsgericht in vollem Umfang mit dem Bemerkten angeschlossen es müsse "aus dem Verhalten verschiedener an der Auseinandersetzung Beteiligter" zwingend geschlossen werden, daß der Beklagte nicht die von der Klägerin behauptete Belehrung erteilt haben könne. Zumindest habe die Klägerin "aus dem betreffenden Umstand" entnehmen können und müssen, daß auch für sie eine zwingende gesetzliche Verpflichtung zur Ausgleichung nicht bestehe. Wenn sie dann gleichwohl der Ausgleichung zugestimmt habe, dann offenbar aus wirtschaftlichen Erwägungen und aus der Erkenntnis, daß anderenfalls eine einverständliche Auseinandersetzung nicht zu erwarten sei.

Dem Antrag der Klägerin, die im Vorprozeß vernommenen Zeugen nochmals zu vernehmen, hat das Berufungsge-

richt nicht entsprochen. Denn selbst dann, wenn die Zeugen, wie keinesfalls zu erwarten, nach zehn Jahren noch in der Lage sein sollten, die gleichen Aussagen wie früher zu machen, würde das angesichts der erwähnten "besonderen Umstände" nicht ausreichen, den der Klägerin obliegenden Beweis falscher Belehrung als geführt ansehen zu können.

Auch diese Ausführungen greift die Revision mit Recht an:

Die Urteile des Landgerichts und des Berufungsgerichts lassen nicht erkennen, wer die zwei Miterben gewesen sein sollen, die sich erfolgreich gewehrt hätten, ihre Vorausempfangs bei der Auseinandersetzung berücksichtigen zu lassen. Auch ist nicht ersichtlich, welches "Verhalten verschiedener an der Auseinandersetzung Beteiligter" das Berufungsgericht meint, aus dem "zwingend geschlossen werden müsse", daß der Beklagte nicht die von der Klägerin behauptete Belehrung erteilt haben könne. Nach dem Parteivortrag und den Zeugenaussagen im Vorprozeß hat sich, wie die Revision mit Recht geltend macht, lediglich die Miterbin Kohl weinend dagegen gewendet, daß sie ihr Grundstück einwerfen solle. Aus deren erfolgreicher Weigerung kann aber nicht der Schluß gezogen werden, den das Berufungsgericht als zwingend angesehen hat. Der Zeuge R. hat im Vorprozeß ausgesagt, daß bei Erörterung der Frage, ob die Miterbin K. ihr Grundstück zur Teilungsmasse geben müsse, dessen geringer Wert von nur 50,-- DM erwähnt worden sei und die Zeugin E. hat bekundet, daß der Acker der Miterbin K. wegen seiner Kleinheit aus der Teilungsmasse herausgeblieben sei. Wenn das richtig ist - und das Berufungsgericht stellt nicht fest, daß diese Aussagen

nicht glaubhaft seien - dann kann aus der Nichtberücksichtigung des Ackers der Miterbin K. nicht geschlossen werden, daß der Beklagte die Klägerin garnicht in dem von ihr behaupteten Sinne belehrt haben könne. Jedenfalls ist ein solcher Schluß nicht zwingend, wie das Berufungsgericht angenommen hat. Denn es ist sehr wohl denkbar, daß die Beteiligten zwar dahin belehrt worden sind, Vorempfänge müßten eingeworfen werden, daß sie von einer Einbeziehung des kleinen verhältnismäßig wertlosen Grundstücks der Miterbin K. aber doch abgesehen haben.

Mit Recht rügt die Revision weiter, daß das Berufungsgericht den Beweisantrag der Klägerin auf Vernehmung mehrerer Zeugen über die Art der Belehrung der Beteiligten durch den Beklagten nicht entsprochen habe. Der Umstand, daß diese Zeugen im Vorprozeß vernommen worden waren, rechtfertigte es nicht, ihre Aussagen als Urkundenbeweis zu würdigen, weil die Vernehmung dieser Zeugen wie schon vor dem Landgericht so auch vor dem Berufungsgericht ausdrücklich beantragt worden war (BGHZ 7, 116, 121 f - Stein-Jonas ZPO 17. Aufl. § 284 Anm. IV 2). Auch durfte von der Vernehmung nicht mit der Begründung Abstand genommen werden, es sei nicht zu erwarten, daß die Zeugen in der Lage sein sollten, gleiche Aussagen wie früher zu machen. Das stellt eine unzulässige Vorwegnahme des Beweisergebnisses dar (Stein-Jonas aaO § 284 Anm. III 2 b; Wieczorek, ZPO § 286 Anm. C II a; vgl. auch DRiZ 1959, 252 Der Beweisantrag im Zivilprozeß).

Wenn die Revisionserwiderung geltend macht, die Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugen hätte unterbleiben dürfen, weil das Berufungsgericht das Beweisthema unterstellt habe, so ist demgegenüber darauf hinzuweisen,

daß die Begründung, mit der das Berufungsgericht die unterstellten Aussagen dieser Zeugen als nicht hinreichend beweiskräftig angesehen hat, nicht durchgreift. Denn wie dargelegt, ist der vom Berufungsgericht unter Hinweis auf die "besonderen Verhältnisse" gezogene Schluß, daß eine Belehrung, wie sie die Klägerin behauptet und in das Wissen eben dieser Zeugen gestellt hat, nicht erfolgt sein könne, nicht gerechtfertigt. Deshalb durfte der Beweisantrag der Klägerin nicht übergegangen werden.

3r Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang besonders, daß die Zeugin E [REDACTED], die als Angestellte des Beklagten an den Auseinandersetzungsverhandlungen teilnahm, im Vorprozeß ausgesagt hat, der Beklagte habe auf die Frage der Klägerin, ob das Haus, das sie zu Lebzeiten des Erblassers erhalten habe, in die Erbmasse eingeworfen werden müsse, nur unter Erörterung der rechtlichen Gesichtspunkte geantwortet, nicht aber der wirtschaftlichen. Und der jetzige Beklagte hat im Vorprozeß als Zeuge nur ausgesagt, er glaube nicht, daß er die Beteiligten in dem von der Klägerin behaupteten Sinne belehrt habe. Bestimmtes konnte er nicht angeben.

3. a) Wenn der Beklagte, wie beim gegenwärtigen Sachstand angesichts des noch nicht erledigten Beweisantrittes der Klägerin unterstellt werden muß, die Klägerin auf ihre Frage dahin belehrt hat, ihr Grundstück müsse nach gesetzlicher Vorschrift in die Erbmasse eingeworfen werden, so dürfte er eine solche Belehrung nicht erteilen, ohne daß er zuvor mit der Klägerin erörtert hatte, ob die Voraussetzungen der §§ 2052, 2050 BGB erfüllt seien.

Die Klägerin hat behauptet, das Grundstück habe ihrem Vater nur zu einem Drittel, zu zwei Dritteln aber anderen Veräußerern gehört. Der Vater habe ihr seinen Anteil daran als Entgelt für geleistete Dienste übereignet. Hätte die Klägerin, wovon auszugehen ist, bei der erforderlichen gründlichen Erörterung der Voraussetzungen des § 2050 BGB dem Beklagten diesen Sachverhalt unterbreitet, dann war eine Auskunft dahin, daß das Grundstück der Teilungsmasse hinzugeschlagen werden müsse, nicht richtig. Auch mit der Begründung, die Belehrung sei richtig gewesen, auch wenn sie den von der Klägerin behaupteten Inhalt gehabt habe - wovon das Landgericht spricht, während sich das Berufungsgericht dazu nicht äußert - kann die Klagabweisung beim gegenwärtigen Sachstand also gleichfalls nicht gehalten werden.

b) Wenn der Beklagte sich so, wie die Klägerin behauptet, verhalten und damit seine Amtspflicht als Notar verletzt hat, so kann ihm beim gegenwärtigen Sachstand der Vorwurf fahrlässigen Verhaltens nicht erspart bleiben, denn es sind bisher keine Umstände ersichtlich, die sein Verhalten als entschuldbar erscheinen lassen könnten.

Die Revision meint freilich, ein Verschulden des Beklagten müsse deshalb verneint werden, weil das Landgericht, ein Kollegialgericht, sein Verhalten als objektiv gerechtfertigt angesehen habe. Das ist nicht richtig. Das Landgericht knüpft an die von ihm wiedergegebene Aussage des Zeugen Maurer, er habe den Beteiligten grundsätzlich erklärt, daß die bei Lebzeiten erhaltenen Grundstücke zur Verrechnung gebracht werden müßten, die Bemerkung, daß eine solche Beratung von gesetzlichen Bestimmungen getragen werde und es spricht von der "Vermutung für die

Ausgleichspflicht der Testamentserben gemäß §§ 2050, 2051 BGB". Mit der Verpflichtung des Notars aber, zu prüfen, ob das, was "grundsätzlich" gilt, auch in dem von ihm zu beurteilenden Fall Geltung habe, ob die "Vermutung" auch hier zutreffe, befaßt sich das Landgericht nicht. Gerade aber unter diesem Gesichtspunkt war das Verhalten des Beklagten auf das Vorliegen einer Amtspflichtverletzung zu prüfen. Deshalb ist hier kein Raum für die Anwendung des Grundsatzes, daß ein Verschulden eines Beamten in der Regel zu verneinen ist, wenn ein Kollegialgericht sein Verhalten nach sorgfältiger Prüfung als objektiv gerechtfertigt gebilligt hat.

4. Der Beklagte hat noch geltend gemacht, die Klage müsse schon daran scheitern, daß die Klägerin das Fehlen einer anderweiten Ersatzmöglichkeit nicht nachgewiesen habe. Die Klägerin hat erwidert, eine solche Möglichkeit bestehe nicht und habe nicht bestanden, wie sich aus dem Urteil im Vorprozeß ergebe. Es sei auch kein Miterbe im Stande, den Schaden der Klägerin zu ersetzen. Landgericht und Berufungsgericht haben dazu nicht Stellung genommen. Das Landgericht scheint die Sachlage so beurteilt zu haben, daß eine anderweite Ersatzmöglichkeit nicht bestehe und nicht bestanden habe, sonst würde es wohl die Klagabweisung auch auf § 839 Abs. 1 S. 2 BGB gestützt haben, dessen Bedeutung es unter dem Gesichtspunkt des Verjährungsbeginnes erörtert.

Bedenklich erscheint es, daß das Landgericht die Beachtlichkeit des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB für den Verjährungsbeginn daraus herleitet, daß die Klägerin den Beklagten nicht mit der Beurkundung der Auseinandersetzung beauftragt gehabt habe, so daß die Ausnahmegvorschrift des

§ 21 Abs. 1 S. 3 Reichsnotarordnung nicht eingreife. Diese Vorschrift kommt nur infrage, wenn es sich bei der Belehrung der Klägerin um ein - selbständiges - Amtsgeschäft der in § 26 Reichsnotarordnung umschriebenen Art gehandelt hat. Wenn aber - wie wohl anzunehmen - die der Klägerin angeblich erteilte Belehrung Teil des Urkundsgeschäftes war (§ 22 Reichsnotarordnung i.V. mit § 30 DOfNot) dann ist § 839 Abs. 1 S. 2 BGB jedenfalls anwendbar (Seybold-Hornig-Lemmers, Reichsnotarordnung 3. Aufl. § 21 Anm. C XVIII, 7 b S. 269 f).

Wie die Dinge hier liegen und ob die Klägerin anderweite Ersatzmöglichkeiten hat oder solche wahrzunehmen schuldhaft verabsäumt hat, läßt sich ohne Klärung der Vorgänge bei der Auseinandersetzungsverhandlung nicht entscheiden. Auch insoweit liegen keine ausreichender tatsächlichen Feststellungen vor.

5. Daß die Klägerin sich mit der Einbeziehung ihres Grundstückes in die Teilungsmasse nicht einverstanden erklärt hätte, wenn die behauptete, nach dem gegenwärtigen Sachstand als erteilt zu unterstellende falsche Belehrung nicht erfolgt wäre, und daß dann der Anteil des Erblassers an dem Geschäftsvermögen nicht aus der Teilungsmasse herausgeblieben wäre, die Klägerin vielmehr auch davon ihren Teil und somit mehr als geschehen erhalten hätte, ist nicht von der Hand zu weisen und muß mangels diesbezüglicher tatrichterlicher Feststellungen unterstellt werden. Demnach kann die Klagabweisung auch nicht mit der Begründung gehalten werden, es fehle an einem vom Beklagten adäquat verursachten Schaden der Klägerin.

Das angefochtene Urteil kann nach alledem nicht gehalten werden. Es ist auf die Revision der Klägerin auf-

zuheben. Die Sache muß zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Dieses wird in der neuen Verhandlung zu klären haben, wie der "vorsorglich" gestellte Feststellungsantrag zu verstehen ist. Wenn er sich auf den in der Klageschrift errechneten Betrag von 25.566,40 DM beziehen sollte, soweit er über den mit der Leistungsklage geforderten Teilbetrag von 5.000 DM hinausgeht, würde die Feststellungsklage unzulässig sein, da auch insoweit Leistungsklage hätte erhoben werden können.

Dr.Geiger

Dr.Weber

Dr.Arndt

Dr.Beyer

Gähtgens